



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LE DÉFAUT DE CONVOCATION ASSIMILÉ À UNE FIN DE NON-RECEVOIR

JULIEN THÉRON

Référence de publication : Gaz. Pal. 17 mai 2016, n° 265a7, p. 61

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE DÉFAUT DE CONVOCATION ASSIMILÉ À UNE FIN DE NON-RECEVOIR

Dans le cadre d'actions en insuffisance d'actif, faillite personnelle et interdiction de gérer, l'omission de convocation préalable du dirigeant par le tribunal en vue d'une comparution personnelle constitue une fin de non-recevoir qui peut être proposée en tout état de cause.

Cass. com., 12 janv. 2016, nos [13-24211](#), [13-24212](#), [13-24287](#), [13-26461](#) et [13-27108](#), ECLI:FR:CCASS:2016:CO00036, M. Y, M. L. et a., F-D (irrecevabilité pourvoi c/ CA Paris, 6 juin 2013), Mme Mouillard, prés. ; Me Bertrand, SCP Hémery et Thomas-Raquin, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Spinosi et Sureau, av.

Il est parfois difficile de déterminer la nature d'un moyen de défense. Les catégories ne semblent pas étanches. Cela est particulièrement manifeste à propos des exceptions de procédure et des fins de non-recevoir. Les deux moyens se rapprochent. La doctrine qualifie d'ailleurs ces deux catégories de moyens de « défenses procédurales »¹. Dans les deux hypothèses le juge ne vérifie pas le fond de l'affaire. La proximité serait telle que, pour certains auteurs, il n'y aurait pas de différence de nature entre les deux types de défenses que sont les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir. Il n'y aurait qu'une différence d'effets².

Il en découle une forte insécurité juridique. Il est laissé à la jurisprudence la liberté de qualifier tel ou tel moyen d'exception de procédure ou de fin de non-recevoir en fonction du régime qu'elle souhaite appliquer. Alors que les exceptions de procédure ne peuvent que retarder le procès, les fins de non-recevoir, tout comme les défenses au fond, sont souvent présentées comme conduisant définitivement à l'échec de la demande³. En l'espèce, au lieu de trancher pour l'une ou l'autre qualification, la cour d'appel décidait de manière étonnante d'affirmer que dans tous les cas, le moyen aurait dû être soulevé in limine litis.

Des dirigeants sociaux avaient été condamnés en insuffisance d'actif, faillite personnelle et interdiction de gérer. Pour contester ces condamnations ils relevèrent l'absence de convocation à l'audience devant le tribunal, conformément aux articles R. 651-2 et R. 653-2 du Code de commerce⁴. Peut-être parce qu'elle doutait de la nature du moyen, mais souhaitait dans tous les cas l'écarter, la cour d'appel qualifia l'absence de convocation d'exception de nullité et énonça que quand bien même il s'agirait d'une fin de non-recevoir, elle ne pouvait être soulevée par les dirigeants que simultanément à la signification de leurs premières conclusions.

Si ce raisonnement est convaincant en cas de qualification d'exception de procédure, il s'avère inefficace pour les fins de non-recevoir. Aussi pour la chambre commerciale, comme « l'omission d'une telle convocation (...) constitue une fin de non-recevoir qui (...) peut être proposée en tout état de cause », seule une cassation pour violation de l'article 123 du Code de procédure civile pouvait être prononcée.

On comprend que pour des raisons d'opportunité, la cour d'appel ait souhaité sauver les jugements de condamnation, d'autant que, visiblement, l'absence de convocation ne faisait pas grief dans la mesure

où les défendeurs avaient pu conclure et donc se défendre. Mais il y avait indéniablement une maladresse à affirmer que ce régime s'appliquait quand bien même l'absence de convocation eut été assimilée à une fin de non-recevoir. Si un décret-loi du 30 octobre 1935 alignait le régime des fins de non-recevoir sur les exceptions de procédure en exigeant qu'elles soient soulevées in limine litis, cela était rapidement apparu d'une grande sévérité. Aussi, la jurisprudence admit que certaines fins de non-recevoir puissent être invoquées en cours d'instance⁵. C'est la raison pour laquelle aujourd'hui le Code de procédure civile indique que « les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause »⁶.

Pour autant la qualification de fin de non-recevoir suscite l'interrogation. Pourquoi la chambre commerciale affirme-t-elle ici qu'il ne s'agit pas d'une exception de procédure mais d'une fin de non-recevoir ?

Il est parfois énoncé que l'identification d'une fin de non-recevoir peut s'opérer grâce à un critère purement formel, tenant aux termes employés par le législateur. Il y aurait ainsi une fin de non-recevoir dès lors qu'une formalité est indiquée comme devant être accomplie à peine d'« irrecevabilité ». En l'espèce, la Cour n'a pu recourir à un tel critère puisque les textes relatifs à la convocation du dirigeant ne l'imposent pas comme condition de recevabilité.

Peut-être la chambre commerciale a-t-elle opté pour une telle qualification au regard de la nature du moyen. Pour mémoire, la fin de non-recevoir sanctionne le défaut de droit d'agir, alors que « constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours »⁷. Or, il s'agissait bien ici, en invoquant l'absence de convocation, d'affirmer que la procédure était irrégulière. Il semble dès lors que ce soit bien plus la nature d'exception de procédure qui s'impose que celle de fin de non-recevoir. Le droit d'agir n'est nullement en cause ici. La faculté de saisir une juridiction pour demander à ce qu'il soit tranché quant à la responsabilité des dirigeants concernés n'est pas remise en cause par l'absence de convocation. Seule la régularité de l'instance peut être l'objet de critique.

Il pourrait cependant être objecté qu'il n'y a pas de différence de nature entre exception de procédure et fin de non-recevoir. Par conséquent il serait absurde de critiquer le choix en faveur de l'une ou de l'autre qualification. L'Histoire pourrait d'ailleurs en attester. À la lecture de Pothier, on peut constater que l'expression « fin de non-recevoir » était employée soit au sens large comme synonyme d'exception⁸, soit au sens strict pour désigner une catégorie d'exception⁹.

Il est cependant difficile de se résoudre à considérer qu'il n'y a pas de différence de nature entre fin de non-recevoir et exception de procédure. Ce serait admettre que lorsque le législateur ne souffle pas la qualification, il appartient à la jurisprudence de la déterminer au regard du seul régime qu'elle veut appliquer à l'espèce. Il y a là une forme d'arbitraire peu attrayante. D'autant que si le législateur a tenu à distinguer les fins de non-recevoir des exceptions de procédure, c'est en raison de l'autonomie du droit d'agir par rapport au lien d'instance. Or, à n'en pas douter, l'instance – objet des exceptions de procédure – ne peut être assimilée à l'action.

Notes de bas de page

1 – J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2015, 6e éd., n° 145.

2 – J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, n° 147 ; R. Martin, « Un virus dans le système des défenses du nouveau Code de procédure civile : le droit d'action » : RGP 1998, p. 420.

3 – Et encore, il est parfois souligné que cette différence d'effets n'est pas absolue (S. Amrani-Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, 2014, n° 88). Si les fins de non-recevoir que constituent l'autorité de la chose jugée, la forclusion ou la prescription mettent définitivement fin au procès, tel n'est pas le cas du défaut d'intérêt. On peut imaginer que l'intérêt à agir d'une partie, inexistant dans un premier temps, naisse par la suite. L'action sera alors recevable ; la fin de non-recevoir n'aura alors eu qu'un effet temporaire.

4 – Dans leur rédaction antérieure au décret n° 2009-160 du 12 févr. 2009 pris pour l'application de l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble.

5 – Sur ce point, voir not. H. Solus, et R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, 1961, nos 318 et s.

6 – CPC, art. 123.

7 – CPC, art. 73.

8 – R. J. Pothier, *Traité de procédure civile*, œuvres complètes, nouvelle éd. par Siffrein, 1821, t. XIV, p. 16.

9 – *Ibid.*